

O novo regime de previdência complementar do servidor público federal

Danilo Ribeiro Miranda Martins*

Introdução

A reforma do regime próprio de previdência do servidor público deu mais um passo extremamente importante no dia 30 de abril deste ano, com a aprovação da Lei 12.618/2012. Esta lei deu eficácia, enfim, à previsão do art. 40, § 14, da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 40 [...]

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

A previsão tem origem na primeira reforma da previdência, implementada pela Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998. Como se sabe, uma das intenções da EC 20/1998 foi dar início ao processo de integração e unificação dos regimes de previdência dos servidores públicos e dos trabalhadores da iniciativa privada.¹

Nesse sentido, compreende-se a previsão constante do art. 40, § 14, da Constituição, que submete os servidores efetivos ao teto do regime geral, após a instituição do regime de previdência complementar pelo ente federativo.

Ocorre que, à época, ficou estabelecido que a instituição do novo regime dependeria da edição de lei complementar, que não chegou a ser editada². O dispositivo constitucional que fazia tal exigência foi sucedido então pelo regramento dado pela EC 41, de 19 de dezembro de 2003, passando a ter o seguinte teor:

Art. 40 [...]

§ 15 - O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Como se pode verificar, a alteração da redação do parágrafo em questão teve como objetivo excluir a necessidade de edição de lei complementar para a instituição do regime de previdência complementar do servidor público, deixando clara que a iniciativa para apresentação do projeto de lei ordinária é de competência do respectivo Poder Executivo.

Mais de 14 anos após a previsão original constante da EC 20/1998, veio à lume a Lei 12.618/2012, dando concretude para a norma constitucional em âmbito federal, e trazendo consigo várias dúvidas e perplexidades, algumas das quais pretendemos enfrentar a seguir.

II A quem se aplica o novo regime

De acordo com o § 14 do art. 40 da Constituição Federal, a submissão dos novos servidores ao teto do Regime Geral de Previdência Social está condicionada à instituição de “regime de previdência complementar”. Somente mediante prévia e expressa opção os servidores que tiverem ingressado antes dessa data podem ser submetidos ao novo regime.

Dessa forma, em uma primeira leitura, poderia haver quem defendesse a aplicação do novo regime

*Procurador Federal; coordenador-geral de Estudos e Normas da Procuradoria Federal junto à Previc; especialista em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar.

¹De acordo com Eduard Ponds, Clara Severinson e Juan Yermon, “Reformas desse tipo estão sendo feitas em vários países. Essas reformas visam tornar as políticas remuneratórias no setor público mais alinhadas com aquelas encontradas no setor privado. Tais reformas geralmente envolvem a redução da generosidade das regras de aposentadoria do setor público (e.g. Finlândia, França, Alemanha, Itália, Portugal e Suécia). Em alguns países os servidores públicos têm sido transferidos para o regime geral de previdência (e.g., Áustria, Chile, República Tcheca, Grécia, Hungria, México, Polônia, Espanha e os Estados Unidos) o que em alguns casos inclui um sistema de capitalização e modelos de contribuição definida (e.g. Chile, Dinamarca, Hungria, México e Polônia).” *Funding in Public Sector Pension Plans: Internacional Evidence, OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions*, nº 8, OECD Publishing., 2011, p. 5, tradução livre do autor.

²O PLP 9/1999, encaminhado pela Presidência da República ao Congresso Nacional no dia 16/03/1999, após ter sua votação pelo Plenário da Câmara adiada inúmeras vezes, acabou sendo retirado pelo Poder Executivo no dia 09/10/2007, por meio da Mensagem 733/2007.

aos servidores que ingressarem no serviço público após a publicação da Lei 12.618/2012. De fato, seu art. 1º declara, de pronto, a *instituição* do regime de previdência complementar

[...] para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

Entretanto, pela leitura atenta da lei percebe-se nitidamente a distinção de três momentos essenciais: o da *instituição* do regime (art. 1º), o da *criação* das entidades fechadas de previdência complementar (arts. 4º e 31) e o da sua *entrada em funcionamento* (arts. 26 e 31).

Assim, embora o novo regime já possa ser considerado instituído para alguns fins, deve ser providenciada ainda a criação das respectivas entidades pelo presidente da República, pelos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 4º, incisos I, II e III). O prazo para fazê-lo é de 180 dias, contados da publicação da lei, conforme consta do art. 31, *caput*, da Lei 12.618/2012.

É possível que o ato de criação – que pode ser veiculado por meio de decreto ou resolução, por exemplo, das autoridades mencionadas – se limite a criar a entidade, definindo alguns aspectos essenciais relativos ao início do seu funcionamento, principalmente com relação à competência para formalização dos procedimentos necessários perante a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc.

Isso por que a entrada em funcionamento da entidade fechada apenas ocorrerá após a autorização da Previc, na dicção do art. 26 da Lei 12.618/2012. Desse modo, conforme prevê o art. 31, § 1º, somente após ultrapassados todos esses prazos considera-se vigente, para todos os fins, o regime de previdência complementar de que trata a referida lei.

Essa a interpretação que, a nosso ver, melhor atende ao sentido do art. 40, § 14, da Constituição, submetendo os novos servidores ao teto do RGPS somente quando for oferecida efetivamente a possibilidade de adesão do servidor a plano de benefícios oferecido por entidade de previdência complementar. E isso só pode ocorrer após a autorização da Previc, face ao teor do art. 33, inciso I, da LC 109/2001.

Nessa linha, parece-nos adequado afastar a aplicação literal do art. 33, inciso I, da Lei 12.618/2012,

admitindo-se a aplicação do Capítulo I da Lei apenas com a entrada em funcionamento das entidades criadas na forma do art. 4º. Vale salientar que o art. 30 da lei esclarece que o prazo para opção dos servidores que ingressaram antes da instituição do novo regime começa a correr a partir da data de publicação da autorização de aplicação dos regulamentos, em linha com o entendimento aqui esposado.

Outra situação relevante a ser considerada diz respeito aos servidores que ingressaram no serviço público estadual ou municipal antes da instituição do regime e que, posteriormente, venham a ingressar no Serviço Público Federal, especialmente quando o Estado ou o Município não houver instituído regime de previdência complementar para seus servidores.

Nesse caso, deve-se aplicar o disposto no art. 22 da Lei 12.618/2012, de forma que também esses servidores estarão sujeitos ao regime de previdência complementar instituído em âmbito federal, sendo-lhes garantido, em todo caso, o pagamento do benefício especial de que trata o art. 3º, §§ 1º a 8º, da lei.

A regra, portanto, é distinta da que consta do art. 6º da EC 41/2003, que garantiu o direito à integralidade aos servidores que ingressaram no Serviço Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios antes da publicação da referida emenda. Para esses servidores, a nosso ver, é inaplicável o art. 22 da Lei 12.618/2012, haja vista o teor do mencionado dispositivo constitucional.

Apesar de a Lei 12.618/2012 ter previsto sua aplicação apenas a servidores públicos titulares de cargo efetivo, importa discutir também a possibilidade de sua extensão, mediante alteração legal, ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão ou de cargo temporário. Registre-se que o Governo do Estado de São Paulo previu a possibilidade de adesão desses servidores ao Fundo de Pensão criado pelo Estado, diferentemente do que ocorre com a Funpresp.

Em uma primeira leitura, pela interpretação literal do art. 40, § 14, da Constituição, poderia haver quem defendesse que foi autorizada a instituição de servidores titulares de cargo efetivo. Não é esse, contudo, o nosso entendimento.

Como se extrai do art. 40, § 13, da Constituição Federal, aos servidores ocupantes de cargo em comissão ou cargo temporário aplica-se o Regime Geral de Previdência Social, o qual é totalmente compatível com o regime de previdência complementar de que trata o art. 202 da Constituição.

A instituição de previdência complementar para tais servidores, ademais, já encontra respaldo nas disposições do art. 202, § 4º, da Constituição, e na Lei Complementar 108/2001, da mesma forma como ocorre hoje com os empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economias – submetidos, aliás, ao mesmo regime jurídico previdenciário.

Alguma objeção poderia ser apresentada, porém, sob o argumento de que a inclusão desses servidores poderia gerar maior ônus para o erário e atrair eventual responsabilidade da União pela administração desses recursos previdenciários, situação que não estaria autorizada pelo art. 40, § 14.

Entendemos, entretanto, que acima de questões relativas a eventuais ônus e responsabilidades da União está o *princípio da proteção previdenciária*, devendo-se observar apenas os limites estipulados no art. 202 da Constituição e na LC 108/2001, a exemplo da observância da paridade contributiva.

Destaque-se a que própria LC 108/2001 traz a possibilidade de contribuição facultativa (art. 6º, § 2º) e que a Lei 12.618/2012, por sua vez, autorizou também a adesão aos planos de benefícios administrados pela Funpresp ainda que o servidor receba menos do que o limite do RGPS (ausente, portanto, o caráter de complementaridade inerente ao sistema). Igualmente, tem-se discutido a possibilidade de administração de planos de benefícios criados por outros entes da federação em entidade criada em âmbito federal (uma espécie de *incubadora* de planos).

Fosse eventual responsabilidade da União a preocupação determinante, sequer tais situações deveriam ser autorizadas pela legislação. Mas se considerarmos a maior proteção previdenciária como seu fundamento primordial, tais mecanismos tornam-se perfeitamente legítimos e razoáveis.

III Constituição e natureza das fundações

Uma vez definido a quem se aplica o novo regime, surge a dúvida sobre a forma como devem ser constituídas as novas fundações de previdência complementar. Nesse ponto várias particularidades surgem, que não estão devidamente contempladas pelas disposições das LCs 108 e 109, de 2001, que regem atualmente o sistema de previdência complementar brasileiro.

Inicialmente, verifica-se que a condição de *patrocinador* dos planos de benefícios oferecidos pela entidade fechada de previdência complementar decorre, neste caso, diretamente de lei (art. 2º, inciso

I, Lei 12.618/2012) e não da celebração do convênio de adesão, como ocorre usualmente. Vale, para melhor compreensão da matéria, a leitura do art. 13 da LC 109/2001:

Art. 13. A *formalização da condição de patrocinador* ou instituidor de um plano de benefício *dar-se-á mediante convênio de adesão* a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo. (grifou-se)

Observe-se que o convênio de adesão é um instrumento extremamente relevante, do qual deve constar, dentre outras coisas, cláusulas referentes aos direitos e obrigações do patrocinador e da entidade fechada de previdência complementar, bem como relativas à condição de retirada de patrocinador (art. 3º, Resolução CGPC 8/2004).

No caso da Funpresp, o art. 2º, inciso I, da Lei 12.618/2012 afirma que serão considerados patrocinadores a União, suas autarquias e fundações, *em decorrência da aplicação desta lei*. Assim, a condição de patrocinador, na presente situação, não é mera consequência contratual, mas sim imposição de Lei, que somente poderá ser afastada mediante disposição legal superveniente.

Considerando a relevância desse instrumento, assim como a independência dos Poderes e a autonomia administrativa das autarquias e fundações, a ser afastada apenas em situações excepcionais, entendemos que o mais adequado seria a assinatura do convênio de adesão pelas autoridades mencionadas no art. 4º, incisos I, II e III, da lei, quais sejam: o presidente da República, no caso da Funpresp-Exe; os presidentes da Câmara e do Senado, no caso da Funpresp-Leg; e o presidente do Supremo Tribunal Federal, no caso da Funpresp-Jud.

São tais autoridades, aliás, as responsáveis pela criação das respectivas fundações, o que lhes confere os poderes necessários para atingir esse desiderato.

Como ressaltamos anteriormente, o ato de criação pode consistir em decreto ou resolução que apenas crie a entidade e defina a competência dos órgãos ou servidores responsáveis pela formalização dos procedimentos junto à Previc.

As propostas de estatuto da entidade fechada e de regulamento dos seus planos de benefícios submetidas à Previc devem estar acompanhadas de manifestação favorável dos órgãos mencionados no art. 19, §§ 2º, 3º e

4º, da Lei 12.618/2012. O atendimento dessa condição deverá ser verificado por ocasião da manifestação do órgão fiscalizador, no exercício da competência prevista no art. 38, inciso I, da LC 109/2001 e no art. 2º, inciso IV, alínea *a*, da Lei 12.154/2009.

Uma vez autorizada pela Previc a aplicação do estatuto da entidade fechada de previdência complementar, deverá ele ser veiculado por meio de decreto ou resolução, ainda no exercício da competência para criação das entidades de que trata o art. 4º da Lei. Em se tratando de ato de Poder já revestido da devida publicidade, entendemos ser desnecessário o registro do estatuto em cartório.

De acordo com o art. 4º, § 1º, e 8º, *caput*, da lei, as entidades a serem criadas terão a natureza de *fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, integrando a Administração indireta da União*.

Neste ponto as Fundações a serem constituídas também se distinguem fundamentalmente das entidades fechadas de previdência complementar até então existentes. Tratando das entidades submetidas à LC 108/2001, sustenta Ivan Jorge Bechara Filho, no bojo do Parecer 3/2005/Dejur/SPC:

A LC n. 109, que contém disposições gerais sobre a previdência complementar, é expressa ao estabelecer que as entidades fechadas organizam-se sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, e que as entidades abertas sejam constituídas sob a forma de sociedades anônimas (art. 31, § 1º, e art. 36, *caput*). Portanto, as entidades que operam planos de previdência complementar possuem natureza de pessoas jurídicas de direito privado.

A relação entre essas entidades e os participantes de seus planos de benefícios constitui uma relação de direito privado, de natureza contratual e desvinculada da relação laboral, como estatuído pelo próprio artigo 202 da Constituição Federal e pelas leis de regência. [...]

Vê-se que as entidades fechadas de previdência complementar, além de serem pessoas jurídicas de direito privado, estranhas, portanto, ao organismo estatal, lidam com dinheiro particular e não com recursos públicos.

Não é possível afirmar, porém, com relação às fundações instituídas com base na Lei 12.618/2012, serem elas estranhas ao organismo estatal. Ao contrário, a lei expressamente afirma que tais entes integram a administração pública indireta, com todas as consequências inerentes a essa circunstância.

Vislumbramos assim, inicialmente, a necessidade de enquadramento das fundações em uma das categorias previstas no art. 5º do Decreto-Lei 200/1967,

como exige o § 2º do dispositivo. A nosso ver, a natureza de tais entidades se assemelha às das Fundações Públicas, assim conceituadas no referido decreto-lei:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: [...]

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

O tema não é estranho ao Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da ADI 191/RS já se manifestou no sentido de que

A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados.

E dúvida não parece haver quanto à natureza dos serviços prestados pelas entidades fechadas de previdência complementar, de caráter eminentemente privado, face ao teor do art. 202 da Constituição Federal:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (grifou-se)

Não obstante, como ente da Administração Pública indireta, existirá, além do vínculo de patrocínio, vínculo de outra natureza decorrente do disposto nos arts. 4º, parágrafo único, 19 e 20 do Decreto-Lei 200/1967. Desse modo, ao menos no caso da Funpresp-Exe, será necessário definir o ministério ao qual a entidade fechada se vincula, o qual exercerá sobre a entidade o poder-dever de *supervisão ministerial*, paralelamente à supervisão exercida pelos patrocinadores (art. 20, Lei 12.618/2012) e à fiscalização desempenhada pela Previc.

Todos esses aspectos deverão ser levados em consideração pela Previc durante a análise dos estatutos dessas fundações. Uma vez vencida essa etapa, restará apenas a aprovação do regulamento dos planos de benefícios para que a entidade fechada possa entrar em funcionamento, o que deve ocorrer dentro do prazo previsto no art. 26 da Lei 12.618/2012.

IV Estruturação dos planos de benefícios

O próximo passo a ser observado consiste na elaboração dos regulamentos dos planos de benefícios e sua submissão à Previc. Os regulamentos devem ser acompanhados de manifestação favorável dos órgãos indicados no art. 19, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 12.618/2012, devendo constar dos documentos os requisitos exigidos no art. 4º da Resolução CGPC 8/2004, como segue:

Art. 4º O regulamento de plano de benefícios deverá dispor sobre:

- I - glossário;
- II - nome do plano de benefícios;
- III - participantes e assistidos e condições de admissão e saída;
- IV - benefícios e seus requisitos para elegibilidade;
- V - base e formas de cálculo, de pagamento e de atualização dos benefícios;
- VI - data de pagamento dos benefícios;
- VII - institutos do benefício proporcional diferido, da portabilidade, do resgate e do autopatrocínio;
- VIII - fontes de custeio dos benefícios e das despesas administrativas;
- IX - data certa dos repasses das contribuições e cláusula penal na hipótese de atraso.

Além disso, segundo o Guia Previc – Melhores Práticas em Licenciamento³:

A Previc leva em consideração, na análise dos pedidos de aprovação de novos regulamentos, além dos itens previstos na legislação, as melhores práticas para que riscos de natureza legal, atuarial, de liquidez ou operacional, dentre outros inerentes aos planos de benefícios, sejam evitados.

É certo que, por força do art. 40, § 15, da Constituição Federal, os planos de benefícios de que trata a Lei 12.618/2012 deverão ser necessariamente estruturados na modalidade de contribuição definida, cujo conceito está definido na Resolução CGPC 16/2005 da seguinte forma:

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário a modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado

líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos. (grifou-se)

Esse conceito encontra-se em consonância com a redação dada ao art. 12, § 2º, da Lei 12.618/2012. A lei enquadra, ainda, como benefícios não-programados (e, portanto, não levados em consideração para se definir a modalidade do plano de benefícios) aqueles decorrentes de invalidez e morte, bem como a “cobertura de outros riscos atuariais” (art. 12, § 3º).

O enquadramento de benefício voltado para a cobertura de riscos atuariais (mais à frente definido como *sobrevivência do assistido*) como benefício não programado tem gerado alguns questionamentos, colocando em debate inclusive a efetiva modalidade do plano de benefícios adotada pela lei.

Entendemos, contudo, que se tal benefício for estruturado de forma a não atrair maior responsabilidade para a União, estará atendida a finalidade do art. 40, § 15, da Constituição, sem prejuízo da maior proteção previdenciária dos participantes e assistidos. Isso poderia ser feito, por exemplo, por meio da contratação de seguro, na forma da Resolução CGPC 10/2004.

Deverá o regulamento dos planos de benefícios, de todo modo, definir o percentual da contribuição dos participantes e dos patrocinadores, prevista no art. 16 da lei, que será destinado para o saldo de conta individual do participante e qual percentual será destinado para a cobertura dos *benefícios não programados*, em consonância com o disposto no art. 17, *caput*, da Lei 12.618/2012.

O percentual voltado à cobertura dos *benefícios não programados* será destinado ao Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários – FCBE, mencionado no art. 17, § 1º, da lei. Observe-se, no entanto, que, além da cobertura dos benefícios não programados já mencionados (morte, invalidez e sobrevivência), o FCBE pretende ser utilizado também para a cobertura de situações em que o servidor se aposentaria com tempo menor de contribuição (art. 17, § 2º, incisos III e IV).

A fim de mitigar eventuais riscos jurídicos que poderiam surgir com a alegação de que um participante está arcando com custos referentes a benefícios que não são compartilhados por ele, seria recomendável a estruturação de plano de benefícios específico (e, consequentemente, de um FCBE distinto) para essas categorias. Até mesmo por que, muito provavelmente, tais servidores deverão contar com regras distintas dos demais.

Entendemos também que a estruturação de mais de um plano de benefícios, agregando categorias

³ Não publicado até a presente data.

com perfis assemelhados, está em consonância com as melhores práticas disseminadas pela Previc e com os ditames da legislação. Nessa linha, exige o art. 18 da LC 109/2001:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e *deverá estar expresso em nota técnica atuarial*, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as *características da massa* e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.” (grifou-se)

A esse respeito, esclarece o Guia Previc – Melhores Práticas em Fundos de Pensão⁴:

A avaliação atuarial é feita com base em hipóteses biométricas, demográficas, econômicas e financeiras, *que devem ser adequadas às características do plano de benefícios, da sua massa de participantes, assistidos e beneficiários*, ao ambiente econômico e à legislação em vigor, bem como à atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor. (grifou-se)

Não resta dúvida, portanto, que a estruturação de planos de benefícios agregando categorias com perfis assemelhados tende a facilitar o cumprimento de tais obrigações e o gerenciamento dos planos de benefícios administrados pela entidade.

Ademais, considerando o número limitado de vagas nos conselhos deliberativo e fiscal (art. 5º, Lei 12.618/2012), a criação de mais de um plano de benefícios permitiria uma maior representatividade dos participantes e assistidos, especialmente por meio dos comitês de assessoramento técnico mencionados no art. 5º, § 11, da lei:

Art. 5º [...]

§ 11. As entidades fechadas de previdência complementar poderão criar, observado o disposto no estatuto e regimento interno, *comitês de assessoramento técnico, de caráter consultivo, para*

cada plano de benefícios por elas administrado, com representação paritária entre os patrocinadores e os participantes e assistidos, sendo estes eleitos pelos seus pares, com as atribuições de apresentar propostas e sugestões quanto à gestão da entidade e sua política de investimentos e à situação financeira e atuarial dos respectivos planos de benefícios e de formular recomendações prudenciais a elas relacionadas. (grifou-se)

Na mesma linha, seguem trechos do Guia Previc – Melhores Práticas em Fundos de Pensão⁵, com recomendações voltadas para o mesmo aspecto:

A estrutura mínima de governança da entidade fechada de previdência complementar (EFPC) é composta, conforme legislação em vigor, pelo Conselho Deliberativo, pelo Conselho Fiscal e pela Diretoria Executiva. *A EFPC pode constituir outras instâncias de decisão e assessoramento, como conselhos consultivos* (de investimentos e de riscos, entre outros), observado seu porte, o número de planos administrados e de patrocinadores, bem como a natureza de seus patrocinadores (entes públicos ou privados).

É recomendável buscar o máximo de representatividade em todas as instâncias, garantindo a participação, sempre que possível, de representantes de todos os planos administrados, de seus patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos. As decisões relevantes e que causam impacto na gestão da entidade ou dos planos de benefícios devem ser tomadas, prioritariamente, por órgãos colegiados.

[...] *O estatuto pode prever a composição de comitês com vistas à efetivação da representatividade de patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos nos respectivos planos administrados pela EFPC*. É fundamental observar os critérios, condições e composição para as EFPC regidas pela Lei Complementar 109, de 2001. (grifou-se)

Outra vantagem da estruturação de vários planos de benefícios decorre da sua independência patrimonial, afirmada no art. 34, inciso I, alínea b, da LC 109/2001. A independência patrimonial e a segregação dos ativos evita que problemas ocorridos com uma determinada massa de participantes possam impactar sobre as demais, repercutindo sobre toda a entidade fechada de previdência complementar. Por essa razão, recomenda a Previc⁶:

Nas entidades com multiplano, cabe recomendar, adicionalmente, que *seja feita a*

⁴ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf>. Acesso em: 14 set. 2012, p. 22.

⁵ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf>. Acesso em: 14 set. 2012, p. 13-14.

⁶ Idem. p. 21.

implementação da segregação real dos ativos, de modo que cada plano de benefícios tenha seu patrimônio facilmente identificado, evitando-se a formação de submassas no plano de benefícios. A segregação amplia a segurança jurídica e a integridade dos ativos de cada plano, facilita o controle do casamento de ativos e passivos, e simplifica o processo de mudança de titularidade em uma eventual ocorrência de transferência da administração ou qualquer outro evento de reestruturação de planos de benefícios e entidades. (grifou-se)

Por fim, ainda com relação à estruturação dos planos de benefícios, entendemos adequado que o regulamento contenha regras a respeito do se que fazer em caso de verificação de insuficiência de recursos no FCBE. Sobre isso, vale notar o que dizem os arts. 18, § 3º, e 21, § 1º, da LC 109/2001:

Art. 18. [...]

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título *deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios*, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas *será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos*, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no *caput* poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou *redução do valor dos benefícios a conceder*, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador. (grifou-se)

A fim de viabilizar uma interpretação em conformidade com o art. 40, § 15, da Constituição, acreditamos que a melhor opção é prever expressamente no regulamento dos planos de benefícios que, caso os recursos do FCBE sejam insuficientes para atender a todos os compromissos assumidos, deverá haver *redução do valor dos benefícios a conceder*. Essa, a nosso sentir, é a única opção oferecida pela LC 109/2001 que se conforma à natureza de plano de contribuição definida imposta pela Constituição.

V Contribuições normais e extraordinárias

Ao se adentrar na questão relativa ao custeio, surge a discussão sobre a natureza das contribuições aportadas nos planos de benefícios. A Lei 12.618/2012, inicialmente, define como normal a contribuição do

art. 16 e como extraordinária um percentual dessa mesma contribuição destinado ao FCBE (art. 17, § 3º).

Esse enquadramento, contudo, não parece se amoldar os conceitos estabelecidos no art. 19 da LC 109/2001:

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no *caput* classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

A LC 109/2001, portanto, não dá guarida ao entendimento de que a contribuição extraordinária possa ser utilizada para custeio dos benefícios previstos no plano de benefícios. Afinal, a contribuição extraordinária apenas pode ser utilizada para custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades *não incluídas na contribuição normal*.

Ressalte-se que prevalece atualmente na Previc o entendimento de que as contribuições extraordinárias não estão sujeitas à paridade⁷, exigida pelo art. 202, § 3º, da Constituição, como se pode vislumbrar da ementa abaixo, extraída Parecer PF/Previc 71/2011:

Paridade Contributiva (Art. 202, § 3º, CF/1988). Contribuições Normais. Conceito extraído do art. 19 da LC 109/2001.

I. Interpretação literal do art. 202, § 3º, da Constituição, afastando sua aplicação em situações excepcionais.

II. Conceito de “contribuição normal” previsto no artigo 19, inciso I, da LC nº 109/2001. Inviabilidade de afastamento, pela Administração Pública, do artigo 19, inciso II, da LC nº 109/2001, para tratar de situações de déficit, serviço passado e outras finalidades. Entendimento expresso no Acórdão TCU nº 169/2005.

III. Necessidade de ponderação entre os princípios da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e do direito

⁷ Em se tratando de equacionamento de déficit, o art. 29 da Resolução CGPC 29/2008 determina a observância da proporção quanto às contribuições normais vertidas no exercício em que apurado o resultado, o que implica respeito da paridade também nessa situação, muito embora o art. 19, parágrafo único, inciso II, da LC 109/2001, preveja seu custeio por meio de contribuições extraordinárias.

fundamental à previdência (art. 6º, *caput*), em contraposição ao princípio da economicidade.

[...]

VI. Fixação do entendimento desta Procuradoria Federal de que as contribuições extraordinárias não estão abarcadas pela restrição prevista no artigo 202, § 3º, da Constituição Federal, referente à paridade contributiva.

(*Parecer 71, de 09/05/2011. Procurador Federal: Danilo Ribeiro Miranda Martins.*)

Desse modo, considerando o teor do art. 19, parágrafo único, inciso II, da LC 109/2001, temos como inadequada a identificação das contribuições destinadas para o FCBE como contribuições extraordinárias. Tratam-se, sem dúvida, de contribuições normais, sujeitando-se plenamente à paridade instituída pelo art. 202, § 3º, da Constituição.

Situação distinta que, a nosso ver, poderia ser enquadrada como contribuição extraordinária é aquela prevista no art. 25 da Lei 12.618/2012, em que a União é autorizada a efetuar aporte “necessário ao regular funcionamento inicial” das Fundações.

Nesse caso, como se trata de aporte excepcional não voltado especificamente para o custeio de benefícios previdenciários, entendemos como possível seu enquadramento nas *outras finalidades* previstas na parte final do art. 19, parágrafo único, inciso II, da LC 109/2001.

Essa compreensão é reforçada pelo teor do artigo 3º da Resolução CGPC 29/2009, que distingue nitidamente a *dotação inicial* das contribuições dos participantes e dos patrocinadores. Constituem, portanto, fontes de custeio totalmente distintas. Essa interpretação tem a vantagem, ainda, de poder estimular a adesão dos primeiros participantes, face à possibilidade de um aporte inicial, não paritário, suficiente para arcar com os custos iniciais necessários ao funcionamento da entidade.

Mas essa não parece ter sido a opção da Lei 12.618/2012, que em seu art. 25 as trata como *adiantamento de contribuições futuras*, que só podem ser entendidas como contribuições normais. As contribuições extraordinárias, dada a sua excepcionalidade, não comportariam, realmente, nenhum tipo de antecipação ou adiantamento.

VI Retirada de patrocínio

O último aspecto sobre o qual nos deteremos diz respeito à retirada de patrocínio e suas possíveis consequências, na medida em que a Lei 12.618/2012 apenas se limitou a afirmar que eventual retirada

depende de autorização do órgão fiscalizador (art. 19, *caput*). Sob esse aspecto, a Lei nada mais fez do que replicar a regra do art. 33, inciso III, da Lei Complementar 109/2001, sem explicitar como se daria eventual retirada.

Sobre o instituto, cabe transcrever o entendimento consubstanciado na Ementa veiculada no Parecer PF/Previc 63/2010:

Direito Constitucional. Direito Previdenciário. Resolução. Entidade fechada de previdência complementar. Retirada de patrocinador ou de instituidor. Autonomia privada. Exercício de competência regulatória expressamente atribuída por lei ao CNPC. Observância dos parâmetros legais e constitucionais pertinentes.

I. Por meio do art. 13 da Lei nº 12.154, de 2009, o legislador ordinário conferiu ao Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC o papel de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

II. A retirada de patrocinador ou de instituidor de plano de benefícios, administrado por entidade fechada de previdência complementar insere-se no âmbito da autonomia de vontade, característica do vínculo contratual existente entre as partes da relação previdenciária privada.

III. A autonomia da vontade não excepciona a necessidade de observância dos vetores de ordem técnica estabelecidos pelo órgão regulador em relação ao instituto da retirada de patrocínio, devendo a rescisão contratual guardar observância aos dispositivos constitucionais e da legislação de regência.

IV. Tema que atrai a regência obrigatória do princípio da tutela dos interesses dos participantes, insculpido no art. 3º, inciso VI c/c arts. 17 e 68, todos da LC 109/2001.

(*Parecer 63, de 17/09/2010. Procurador Federal: Adriano Cardoso Henrique.*) (grifou-se)

Entretanto, no caso da Lei 12.618/2012, não vislumbramos espaço para o exercício da autonomia de vontade necessários para a retirada de patrocínio. Como já se disse, a condição de patrocinador decorre diretamente de lei (art. 2º, inciso I), e a não adoção das providências necessárias à constituição das fundações pode configurar inclusive improbidade administrativa (art. 32).

Dessa forma, apenas por meio de autorização legal expressa posterior é que seria possível que as entidades mencionadas no art. 2º, inciso I, da lei, deixassem de ser patrocinadoras dos planos de benefícios.

Não se pode olvidar também que o art. 40, § 14, da Constituição apenas permite a submissão dos novos servidores ao teto do RGPS caso seja *instituído regime de previdência complementar*.

Desse modo, havendo retirada de patrocínio, a própria lei que autorizar a retirada deve também tratar do regime jurídico previdenciário a que estarão submetidos os servidores antes cobertos pela previdência complementar, não sendo demais sustentar que tais servidores deveriam passar a ser abrangidos pelo regime jurídico previdenciário anterior.

VII Conclusões

A partir do teor do art. 40, §§ 14 e 15, bem como das disposições da Lei 12.618/2012 (Lei da Funpresp), buscamos desenvolver alguns conceitos essenciais que pudessem facilitar a compreensão e a aplicação do novo regime de previdência complementar do servidor público.

Neste momento inicial de implantação das fundações, as preocupações se voltam, principalmente, para a definição do seu âmbito de aplicação e das formalidades necessárias para a sua constituição.

É necessário, sob esse aspecto, estar atento às disposições da Lei Complementar 108 e 109, de 2001, mas também às peculiaridades das novas fundações decorrentes de disposições específicas da Lei 12.618/2012 ou das normas constitucionais que lhe dão fundamento.

Acreditamos, por fim, ser importante pensar-se desde logo em regras que mitiguem os riscos jurídicos a que podem estar submetidas as entidades, principalmente no que diz respeito à estruturação dos planos de benefícios e elaboração de seus regulamentos.

Nesse ponto, a nosso ver, é que devem residir as maiores preocupações daqueles que vão, de alguma forma, enfrentar o desafio de estruturar essas novas entidades.